

JUAN PABLO CHARRIS BENEDETTI*

El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública**

The free, prior and informed consent as warranty of transparency in public administration

SUMARIO

Introducción. 1. Concepto, antecedentes internacionales e inscripción del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano. 2. Desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta previa en Colombia. 3. El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en las medidas administrativas. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

La consulta previa es un derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre todo tipo de medida estatal que pueda afectarlos directamente. Encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la identidad multicultural del Estado colombiano, bajo una óptica democrática incluyente; en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades de acuerdo con sus propias creencias, instituciones y/o territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de participar en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos. En este sentido, el Estado colombiano ha sido receptor de importantes instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las minorías étnicas, no obstante,

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: juan.charris@uexternado.edu.co

** Recibido el 16 de junio de 2014, aprobado el 26 de septiembre de 2014.

Para citar el artículo: J. P. CHARRIS BENEDETTI, "El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública", *Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 123-147.

los órganos legislativo y gubernamental no han brindado los instrumentos legales y reglamentarios suficientes para hacer efectiva tal protección, vacío que ha sido suplido por una labor activa de la Corte Constitucional. En este sentido, a través de la jurisprudencia constitucional el Estado colombiano ha pasado de una concepción restringida de la aplicación del derecho a la consulta previa a una ampliamente extensiva que evoluciona hacia el consentimiento libre, previo e informado, el cual implica que el Estado debe buscar el consentimiento de los grupos étnicos en un diálogo intercultural de buena fe, con información oportuna y veraz que les permita ser conscientes del contenido, alcance y consecuencias de las medidas que se pretende adoptar. En este contexto, el consentimiento libre, previo e informado condiciona el accionar de la administración pública, constituyendo un referente de obligatorio cumplimiento y garantía de transparencia en la gestión administrativa.

PALABRAS CLAVE

Consulta previa; consentimiento previo, libre e informado; minorías étnicas; Estado Social de Derecho; Corte Constitucional; medidas administrativas; transparencia.

ABSTRACT

The prior consultation is a fundamental right recognized to ethnic groups to decide on any type of state measure capable to impact them directly. Finds its constitutional basis in the recognition of the multicultural identity of the Colombian State, under an inclusive democratic perspective; the right of peoples to decide their own priorities in accordance with their own beliefs, institutions and / or territories they occupy or use; and the right to participate in the design, implementation and evaluation of programs for national and regional development which may affect them. In this sense, the Colombian State has been the recipient of major international instruments for the protection of the rights of ethnic minorities, however, the legislative and governmental bodies have failed to provide the legal and regulatory instruments necessary to effect such protection, aspect that has been supplemented by an active role of the Constitutional Court. In this sense, through the constitutional jurisprudence, the Colombian state has shifted from a narrow conception of the application of the right to prior consultation, to a widely extended concept toward the free, prior and informed consent, which blanket any state measure (legal or administrative) likely to affect ethnic communities, and implies that the state must seek the consent of the ethnic groups in an intercultural dialogue in good faith, and oportuned information that enables them to effectively meet

the content, scope and consequences of the measures they intend to adopt. In this context, the prior, free and informed consent determines the actions of government, constituting a binding reference and ensure transparency in the administration.

KEYWORDS

Prior consultation; free, prior and informed consent; ethnic minorities; rule of law; Constitutional Court; administrative measures; transparency.

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del Estado colombiano; en el derecho que tienen los pueblos de autodeterminarse en cuanto a sus prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y los territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.

En este sentido, el reconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa y su inscripción en el orden constitucional constituye un importante aporte hacia la consolidación de un verdadero Estado Social de Derecho – *democrático, participativo y pluralista*– de que habla el artículo 1.º superior, en concordancia con los principios iusfundamentales que orientan el accionar de la administración pública.

Para lograr este propósito, el Estado debe garantizar que las comunidades étnicas participen de manera previa, activa y efectiva en la toma de decisiones que puedan afectarlas, lo cual se logra a través de la adopción de medidas tendientes a garantizar la construcción de diálogos interculturales entre los representantes del Estado y las comunidades étnicas, orientadas a un acercamiento oportuno, veraz y transparente entre las partes.

De esta forma, la consulta previa constituye un mecanismo que pretende mediar en los conflictos entre las prioridades de desarrollo del Estado y los derechos de las minorías. En este escenario, trazar el límite entre la potestad del Estado y el derecho de autodeterminación de los grupos étnicos hace de la consulta previa uno de los temas más controvertidos tanto en el ámbito nacional como en el internacional, en tanto contrasta el interés general con la supervivencia de las minorías, razón por la cual la consulta previa se erige como un derecho de índole contramayoritaria.

1. CONCEPTO, ANTECEDENTES INTERNACIONALES E INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La consulta previa es un derecho fundamental –individual y colectivo– del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre cualquier tipo de medida estatal (legislativa o administrativa), o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarlos, en aras de la protección de su integridad cultural, social y económica, y de la garantía del derecho de participación. Está previsto, en consecuencia, para los pueblos indígenas, las comunidades negras o afrocolombianas, raizales y los rom o gitanos; y están llamadas a participar en el proceso las instituciones del Estado, así como los particulares responsables del proyecto, obra o actividad¹.

El Estado colombiano ha sido receptor de importantes instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las minorías étnicas, pese a lo cual el derecho interno no ha brindado los instrumentos legales suficientes para hacer efectiva tal protección, vacío que ha sido suplido por una labor activa de la jurisprudencia.

El *corpus* normativo internacional del derecho a la consulta previa parte del Convenio 169 de la OIT², “sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes”, promulgado en 1989. Este Convenio, que entró en vigencia para Colombia el 6 de agosto de 1992 mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, representa la principal herramienta vinculante para los Estados que lo han ratificado, y tiene su origen en el primer tratado internacional sobre poblaciones indígenas y tribales, a saber, el Convenio 107 de la OIT de 1957, en el cual se logró codificar los derechos de estas poblaciones, principalmente en temas como tierras, trabajo, salud y educación³.

Es de resaltar que haya sido precisamente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) donde se haya gestado el instrumento que

1 El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Etnias, lidera el proceso de consulta.

2 Tal como señaló la Corte Constitucional, el Convenio 169 de la OIT constituye una valiosa herramienta que se integra al bloque de constitucionalidad y por medio de la cual el Estado colombiano se comprometió con la comunidad internacional a la adopción de medidas tendientes a lograr el respeto, la participación y la garantía de supervivencia social, económica y cultural de los pueblos indígenas y tribales de la Nación (T-129, 2011).

3 A pesar del importante avance que significó su promulgación, el Convenio 107 presentaba algunos puntos débiles, por ejemplo los supuestos de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era la integración a la sociedad nacional mayoritaria y de que tales pueblos estaban excluidos de participar en las decisiones estatales (Convenio 107, 1957). Estos aspectos fueron objeto de inconformidad y presión social de parte de las comunidades indígenas en el plano internacional, por lo que el Convenio pasó a revisión por la reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986, dando como resultado el Convenio 169 (Guía para la aplicación al Convenio n.º 169 de la OIT, 1996).

introdujo en la agenda internacional la importancia de la consulta previa, su inherencia en los sistemas democráticos y su categórica obligación de garantía, promoción, respeto y protección por los Estados constitucionales modernos. Entre las razones para ello, se destaca la conmemoración de los 500 años del descubrimiento de América, el otorgamiento del premio Nobel de paz a RIGOBERTA MENCHÚ TUM –líder indígena guatemalteca defensora de los derechos humanos–, y la existencia de un espacio político internacional idóneo para la reivindicación normativa de derechos a favor de grupos históricamente marginados, como las minorías étnicas.

El Convenio 169 de la OIT, de 1989, define los pueblos indígenas como aquellos que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que [...] conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. De esta forma, se identifican dos criterios objetivos en la definición de pueblos indígenas: por un lado, la descendencia de poblaciones que habitaban el territorio antes de la conquista, la colonización o el establecimiento de las fronteras actuales, y por el otro, la conservación de parte o todas sus instituciones ancestrales⁴. De igual manera, en él se reconocen “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y forma de vida y de su desarrollo económico”, estableciendo así derechos e instrumentos para hacer posible dicho control, que se materializa, por ejemplo, con el derecho a la consulta previa⁵.

En virtud de esta normatividad, los Estados encuentran condicionada su capacidad para disponer de los territorios indígenas, y se ven obligados a consultar a las comunidades indígenas para la toma de decisiones que las puedan afectar, trátese de una ley, reglamento, decreto, una medida educativa, de salud, una concesión, una licitación o cualquier medida administrativa que decrete el Estado respecto a cualquier materia (Informe Especial Consulta Previa, 2011).

Posteriormente, el alcance y contenido del derecho a la consulta previa obtiene un importante desarrollo con la Declaración de Naciones Unidas “sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales”, aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Fue precisamente a partir de la promulgación de este documento que se promovió la tendencia sobre la existencia de situaciones que requieren un *consentimiento libre, previo e informado*, más allá de una “mera” consulta previa. De acuerdo con la citada declaración, estas situaciones serían: tras-

4 La conciencia de su identidad como grupo étnico constituye criterio fundamental para la aplicabilidad del Convenio (art. 1 C.P.).

5 Consulta previa como componente del derecho de participación política de los pueblos indígenas y tribales. Posibilidad de determinar sus propias prioridades de desarrollo (art. 7 C.P.).

lado poblacional⁶; privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales⁷; tierras, territorios y recursos⁸.

A nivel regional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado los contenidos de los derechos de los pueblos indígenas y específicamente ha garantizado el derecho a la consulta previa a través de su jurisprudencia. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *Awa Tingini vs. Nicaragua* (2001), *Yaxye vs. Paraguay* (2005) y *Saramaka vs. Surinam* (2007) destacaron la necesidad de obtener el consentimiento de los grupos étnicos –más allá de la mera consulta– a la luz de los contenidos de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales sirvieron de base para construir un nuevo estándar internacional sobre el derecho a la consulta previa: “la obtención del consentimiento libre, informado y previo según sus costumbres y tradiciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En lo que atañe a la inscripción del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano, es imperativo referirse en primer lugar a la mencionada Ley 21 de 1991, por medio de la cual el Estado colombiano ratificó el Convenio 169 de la OIT e incorporó en el derecho interno el derecho fundamental a la consulta previa, que se incluye en el catálogo de derechos constitucionales por medio de la figura del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, transcurridos más de seis años desde la incorporación del mecanismo de consulta previa en el derecho interno colombiano, esta se realizaba de manera arbitraria, sin contar con ninguna reglamentación sobre su procedimiento y pautas de aplicación. Fue en dicho contexto que se ex-

6 Art. 10: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

7 Art. 11, num. 2: “Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

8 Art. 28, num. 1: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

Art. 29, num. 2: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

pidió el Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”, el cual sembró la semilla de la confrontación entre el Gobierno Nacional y las comunidades étnicas sobre la materia. El rechazo del citado decreto por parte de estas se sintetiza de la siguiente manera: en primer lugar, por paradójico que parezca, la norma fue expedida sin consultarla previamente con las comunidades étnicas; en segundo lugar, la misma se refiere a la obligación de consultar cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas de resguardo indígenas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, interpretación que resulta restrictiva puesto que tanto la Constitución Política como el Convenio 169 se refieren a la realización de la consulta cuando los proyectos afecten territorios indígenas, concepto que va más allá de las áreas tituladas, habitadas y explotadas, comprendiendo aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas, políticas y culturales; en tercer lugar, la norma fue objeto de rechazo en razón del tiempo establecido para la realización de la consulta, que a la postre termina reduciéndola a un mero procedimiento de audiencias.

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de mayo de 1999, por la cual resolvía una acción de revocatoria directa en contra del Decreto 1320 de 1998, declaró su legalidad a pesar de los numerosos argumentos jurídicos y políticos en contra, en tanto estimó que no era posible concluir que en su conjunto la normativa fuera en contravía de la garantía constitucional de la integridad étnica, social y cultural de las comunidades étnicas. No obstante, la Corte Constitucional, en su rol dinámico de protección y reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, ha ordenado reiteradamente la inaplicación del decreto en mención al considerarlo abiertamente inconstitucional⁹.

Posteriormente se expidió la Directiva Presidencial n.º 01 de 2010^[10], dirigida al Vicepresidente de la República, a los ministros del Despacho, a los directores de los Departamentos Administrativos, a los superintendentes, a los directores y gerentes de los organismos del sector central y descentralizado del orden

9 Ver, entre otras, las sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-745 de 2010, por medio de las cuales la corporación ordena la inaplicación del Decreto 1320 de 1998 por no atender los postulados previstos en el Convenio 169 de la OIT y los mandatos constitucionales de diversidad étnica y cultural.

10 “Las directivas presidenciales en mención deben ser entendidas como orientaciones o directrices para el personal subalterno, denominados en la doctrina actos administrativos de servicio o mero actos administrativos, que no vinculan frente a terceros y cuyo cumplimiento está soportado en la subordinación que implica la especial relación de sujeción a que se encuentra sometido el servidor público. En consecuencia su ámbito de aplicación es para quienes tienen como superior jerárquico al Presidente de la República en su calidad de Jefe Supremo de la Administración” (MORALES ALZATE, 2014).

nacional, cuyo propósito fue dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales ratificados por el Estado colombiano en lo que respecta al derecho a la consulta previa de comunidades étnicas. La directiva señala los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, las actuaciones que requieren la garantía del derecho, y los procedimientos mediante los cuales debe adelantarse la consulta previa (RODRÍGUEZ G., 2014). Sin embargo, esta normativa fue igualmente objeto de rechazo por los grupos étnicos en tanto se refiere a la consulta previa sin haber sido consultada, y además porque también contiene una interpretación restringida del derecho.

Con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) se hizo una nueva referencia a la consulta previa. En el artículo 46 de dicho estatuto se consignó “La consulta obligatoria”, refiriéndose a la obligación de realizar la consulta cuando quiera que la Constitución o la ley ordenen su realización, so pena de nulidad de la decisión administrativa que se llegase a proferir.

Recientemente se expidió la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013, dirigida a los ministros del Despacho y directores de departamentos administrativos, por medio de la cual se previó una “Guía para la realización de la consulta previa”, la cual debe emplearse como protocolo de coordinación de las entidades estatales para la materialización de los principios de eficiencia administrativa, economía y transparencia en los procesos de consulta previa en medidas administrativas. Para reglamentar los instructivos de la directiva de la referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2613 de 2013 por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.

No obstante, a la fecha el Congreso de la República no ha expedido una ley estatutaria que regule la materia, la cual sería el medio idóneo para desarrollar el contenido y alcance del derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta que se trata de un derecho fundamental.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

Ante las insuficiencias en el desarrollo normativo y reglamentario en el plano interno, la Corte Constitucional, haciendo frente a los frecuentes casos de vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, ha acogido un rol activo en la definición del alcance y contenido del concepto de consulta previa. Asimismo, por medio de jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado ha señalado pautas para el reconocimiento del derecho a la consulta previa en las actuaciones administrativas.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar el carácter fundamental del derecho a la consulta previa. Para tal efecto, en algunos casos ha ordenado

la suspensión de los proyectos u obras que potencialmente pueden afectar o han afectado territorios de comunidades étnicas, hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. De igual manera, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado, como también la adopción de medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas o aquellas con inminente potencialidad de serlo.

Como muestra de ello, en sentencia T-428 de 1992 la Corte corroboró que las obras omitieron la consulta de la máxima autoridad indígena del lugar, como lo era el gobernador del Cabildo, por lo cual se resolvió conceder el amparo solicitado y ordenar “que se mantenga la suspensión de las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada (Km 5+150 a Km 6+200) hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad”.

Por su parte, en sentencia SU-039 de 1997 se evidenció que el procedimiento de la consulta previa no se había efectuado, y por tanto la corporación ordenó “que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U’wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U’wa”.

En la sentencia T-652 de 1998. en la que la Empresa Multipropósito Urrá S.A. ya había ejecutado la obra, y por tanto no era posible efectuar una consulta previa material, de la forma prevista por las disposiciones constitucionales, la corporación resolvió decretar el desconocimiento del derecho a la consulta previa y, por tanto, ordenar la indemnización a la comunidad indígena Embera del Alto Sinú, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud con los afectados, la garantía de supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo. Lo anterior, puesto que la consulta se realizó con posterioridad al otorgamiento de la licencia, y por tanto la Corte determinó que dicha consulta carecía de valor y significación. Además, en la misma sentencia se concluye que no solo resultaron vulnerados el derecho de participación, el derecho al debido y el derecho a la integridad de este pueblo, sino también el principio que consagra el respeto del carácter multicultural de la nación, y el derecho a la subsistencia de la comunidad Embera del Alto Sinú, puesto que el Estado quebrantó las obligaciones adquiridas internacionalmente e incorporadas al derecho interno.

Posteriormente, en sentencia T-737 de 2005 se estudió la negación de un derecho de petición instaurado por la comunidad indígena Yanacona a la alcaldía de Mocoa, en el que se solicitaba el nombramiento de las autoridades tradicionales del cabildo, al constatar un error cometido por el alcalde que registró como líderes a un grupo disidente del cabildo sin llevar a cabo la consulta previa a los líderes legítimos de la comunidad. En esta senten-

cia se concluyó que la omisión de un apropiado procedimiento de consulta previa redundó en un desconocimiento de los derechos de la comunidad. Finalmente, se destacó que la consulta previa debe agotarse por medio de un procedimiento adecuado que atienda a las particularidades y tradiciones de cada comunidad consultada.

En la sentencia T-619 de 2009, la Corte Constitucional adoptó lo dispuesto por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs Surinam*, en el que se señaló que el consentimiento de estas comunidades debe ser “libre, informado y previo según sus costumbres y tradiciones”. Con base en lo anterior, le impuso al Gobierno la obligación de adelantar un proceso con las autoridades de los grupos, en el que se definan las bases del procedimiento que se va a seguir, acorde a las particularidades culturales que definen cada comunidad. En este sentido, se buscó avanzar, de una simple consulta formal, al agotamiento de una consulta material abarcadora de un conocimiento oportuno, completo y veraz por parte de la comunidad de las implicaciones del proyecto, obra o actividad en su territorio.

La sentencia T-129 de 2011 constituye un hito en cuanto al reconocimiento del derecho a la consulta previa. En esta providencia la Corte reitera el carácter fundamental de la consulta previa y exhorta al legislador a la regulación de la temática a través de una ley estatutaria¹¹. Precisa que la consulta debe realizarse en el marco del respeto de los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades étnicas, lo cual implica que el Estado no puede definir unilateralmente un término o plazo específico para la consulta, sino que esta dependerá de los procesos internos y propios de cada comunidad. Por otro lado, se enfatiza en que la consulta debe agotarse previo a la ejecución de los proyectos. De tal forma, la Corte le imprime obligatoriedad, seriedad y compromiso a este mecanismo, dejando atrás la concepción formal con la que era realizada. Agrega la Corte que la consulta es un proceso de permanente diálogo, no un permiso ilimitado, por lo cual se exigen revisiones periódicas a corto, mediano y largo plazo. Con esto, la corporación busca que el derecho a la consulta previa no sea visto como un obstáculo para la ejecución de proyectos de desarrollo, sino como un espacio de diálogo intercultural, con respeto y reconocimiento de cada una de las partes y las decisiones que se adopten. Además, se establece la obligatoriedad respecto del acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación.

Cabe anotar que esta providencia constituye un importante avance frente a la sentencia T-769 de 2009, por cuanto en esta la Corte había dicho que el consentimiento libre, previo e informado era necesario únicamente en casos de proyectos de gran escala, mientras que en la nueva amplía la protección al señalar que es necesario en todos los casos, pues esa precisamente es la

11 Hasta la fecha el Congreso de la República aún no la ha promulgado.

finalidad de la consulta. La Corte trae a colación la necesidad de armonizar los derechos a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado, teniendo en cuenta que aquella solo se podrá garantizar en la medida en que las comunidades tengan información oportuna, veraz y completa, que les represente verdaderos elementos de juicio a la hora de tomar las decisiones.

Asimismo, es mediante la referida sentencia que la corporación sienta las bases de la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado como finalidad última de la consulta, y puntualiza tres eventos en los cuales debe garantizarse: el traslado o desplazamiento poblacional como consecuencia de la obra o proyecto, el almacenamiento de desechos tóxicos en sus territorios, o la implementación de mega proyectos con alto impacto social, cultural y ambiental sobre la comunidad, que en consecuencia amenace su pervivencia cultural.

Ahora, si bien la Corte con la sentencia T-129 de 2011 consolida el derecho fundamental a la consulta previa, al mismo tiempo señala que esta no puede convertirse en un poder de veto a las decisiones del Estado. Por tanto, si bien se concibe la consulta previa como mecanismo que pretende como finalidad la adopción de un consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, sigue en cabeza del Estado la última palabra sobre la implementación de las medidas estatales en territorio indígena.

De igual manera, resulta imperioso referirse a algunos de los principales pronunciamientos jurisprudenciales que han expulsado normas del ordenamiento jurídico por desconocer la obligación estatal de realizar la consulta previa: tal es el caso de las sentencias C-030 de 2008, que declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006, “por la cual se expide la Ley General Forestal”; C-366 de 2011, que declaró inconstitucional la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas”; y C-1051 de 2012, que declara la inexecutable de la Ley 1518 del 2012, “por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales’, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991”.

En lo que respecta a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la consulta previa se concibe como el derecho a la debida participación de las minorías étnicas en los procesos políticos decisorios; no obstante, no desplaza el ámbito de decisión de las autoridades estatales¹². Por lo tanto, la eventual negativa que manifiesten las comunidades étnicas sobre un determinado programa o política, así como su reiterada voluntad de optar por no participar en la con-

12 Ver, entre otras, sentencias del 20 de septiembre de 2014, Consejo de Estado, Sección Quinta, exp. 47001-23-31-000-2013-00008-01, C.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA; y del 10 de octubre de 2013, Consejo de Estado, Sección Segunda, exp. 2013-00009, C.P.: BERTHA LUCIA RAMÍREZ.

sulta, no pueden impedir el desarrollo de un proyecto necesario para atender el interés general y el progreso de la sociedad y el Estado.

Por consiguiente, de acuerdo con pronunciamientos del Consejo de Estado, se entiende debidamente agotado el proceso de consulta con el cumplimiento de los requerimientos sustanciales y procedimentales del derecho a la consulta previa –como la determinación del territorio y la identificación de la comunidad afectada–, así como con la efectiva participación del grupo étnico minoritario en el proceso decisorio¹³.

3. EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA EN LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

La consulta previa respecto de medidas administrativas aplica cuando quiera que alguna entidad del Estado en ejercicio de su función administrativa va a realizar actos específicos que puedan afectar a las comunidades étnicas; tal es el caso, por ejemplo, de las licencias para explotación de recursos naturales, de los permisos o autorizaciones ambientales, de las concesiones, de la contratación de una obra pública determinada, de los programas de fumigación de cultivos ilícitos y de los permisos de investigación, entre otras.

Con el Convenio 169 como parámetro de exigencia, en sentencia C-169 de 2001 la Corte determinó que en el ordenamiento jurídico colombiano la consulta previa es obligatoria en los siguientes casos de medidas administrativas:

Por previsión constitucional, la Consulta Previa es obligatoria cuando se trate de decisiones sobre la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes.

Por previsión legal –Ley 70 de 1993– existen otras tres hipótesis en las cuales esta figura es también obligatoria: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58).

Respecto a los procesos de licencias ambientales, la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que

13 Ver, entre otras, sentencia del 21 de marzo de 2013, Consejo de Estado, Sección Segunda, exp. 44001-23-33-000-2012-00061-01, C.P.: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, así como la previsión de medidas para proteger su integridad (RODRÍGUEZ G. A., 2005). En estos casos, la exigencia de la consulta implica también un reconocimiento a la protección que por años las comunidades étnicas han dado a sus territorios y recursos. En este sentido, la Corte Constitucional señala que en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas la consulta previa debe buscar:

(i) que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución, (ii) que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares, y iii) que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada (SU-039, 1997).

También será necesario realizar la consulta previa cuando el Estado pretenda conceder permisos o autorizaciones para la utilización de los recursos naturales, cuando con estos procesos se afecte directamente a los grupos étnicos. Entre los permisos y autorizaciones a que se hace referencia tenemos: “aprovechamiento de árboles aislados; aprovechamiento forestal persistente y forestal único; concesión de aguas subterráneas o superficiales; construcción de obras hidráulicas o para la protección de cauces; vertimientos; explotación de cantera; sustracción de reservas forestales; Plan de Manejo Ambiental y cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales” (RODRÍGUEZ G., 2014).

De igual manera, será necesario adelantar procesos de consulta previa cuando se quiera realizar procesos de investigación científica o arqueológica en territorios indígenas.

En lo que respecta a la erradicación de cultivos ilícitos es imperativo que se consulte a las comunidades étnicas que habitan los territorios que serán objeto de erradicación, sin importar la modalidad adoptada para dicho propósito: sea manual o por fumigaciones. La Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales a la diversidad cultural e integridad étnica y

cultural, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan de las colectividades étnicas, considerados transgredidos por las acciones del Estado al ordenar la fumigación en sus territorios, a partir de lo cual ordenó consultar previamente —efectiva y eficientemente— a los pueblos cuando se van a realizar dichas actividades (SU-383, 2003).

En lo que hace referencia al ingreso de las Fuerzas Armadas a territorios indígenas, el Ministerio de Defensa expidió la Directiva n.º 16 de 2006, encaminada al fortalecimiento de la política de protección de los derechos humanos de las comunidades étnicas, en cuyo marco se incorpora el derecho fundamental a la consulta previa. Sin embargo, son muchas las quejas de los grupos étnicos sobre incursiones no autorizadas, ocupación de viviendas y sitios sagrados, contaminación de los territorios e inclusive embarazos de mujeres indígenas. Estas observaciones fueron recogidas por el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, JAMES ANAYA en sus informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia de 2010.

En definitiva, ha sentado la Corte que de omitirse la realización de la consulta previa en medidas administrativas en las que sea obligatorio llevarla a cabo por su afectación directa sobre minorías étnicas, procede dejar sin efectos la medida administrativa particular mientras se promulga un nuevo acto administrativo, así como adoptar los consecuentes mecanismos compensatorios destinados a lograr una efectiva reparación. Frente al último punto, se ha planteado la necesidad de consultar a la comunidad afectada para determinar la forma idónea de reparación que constituya un efectivo mecanismo compensatorio para la comunidad *in concreto*, que atienda a su cosmovisión, tradiciones y costumbres.

Resulta indispensable entender que la mera información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos no constituye ni alcanza el valor de consulta previa. Es necesario hacer un seguimiento de ciertas pautas que conduzcan al conocimiento del contenido del proyecto, y a la manera como este pueda afectar la identidad étnica, cultural, social y económica del grupo étnico. Asimismo, “simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del gobierno nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa” (RODRÍGUEZ G., 2014).

Si bien la última palabra sobre la ejecución de la obra, proyecto o actividad reside en cabeza del Estado, su decisión debe estar despojada de visos de autoritarismo y arbitrariedad, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad

de la comunidad indígena y tribal. Al respecto la Corte ha señalado que si el Estado estima conveniente la ejecución de una medida pública o privada sin la aquiescencia de la comunidad indígena, debe implementar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que produzca o pueda generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros (SU-039, 1997).

Es preciso señalar que el Convenio 169 de la OIT concibe la consulta previa como un proceso, pues las características de los grupos étnicos, sus formas de gobierno y representación exigen del Estado una metodología adecuada para que, a medida que el proceso se vaya desarrollando, los indígenas y sus representantes adquieran el conocimiento necesario sobre la normatividad y el proyecto o programa a realizar. De esta forma, la doctrina ha identificado tres fases para la elaboración de la consulta previa: “i) fase de información, ii) fase de concertación e identificación de impactos y medidas, y iii) fase de sistematización y seguimiento” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Durante la *fase de información* se lleva a cabo la labor de coordinación entre el Estado y la comunidad indígena, que implica la adopción de las directrices bajo las cuales se desarrollará el proceso, la información de los planes de trabajo y las particularidades del proceso con sus impactos positivos y negativos. En esta etapa se identifican los actores de la consulta, esto es: representantes legítimos de las comunidades interesadas; representantes de las empresas interesadas; representantes de otros organismos estatales interesados, y representantes de los órganos de control. Por consiguiente, se llevan a cabo reuniones de trabajo en las cuales se presenta formalmente el marco normativo del proceso, se hace una explicación detallada del proyecto por parte de la empresa interesada y la comunidad se manifiesta sobre sus apreciaciones del proyecto (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

La *fase de concertación e identificación de impactos y medidas* implica la elaboración de los estudios concretos del proyecto, que permiten apreciar, con certeza, las ventajas y desventajas del proyecto. Durante esta fase se deben garantizar los espacios de reflexión propios de cada comunidad (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Por último, la *fase de sistematización y seguimiento* consiste en la verificación de cada una de las actividades acordadas dentro del acta de protocolización o Estudio Social, y supone la revisión periódica al cumplimiento de los acuerdos allí contemplados. La Dirección de Etnias, en virtud de su función de protección de los derechos de las Etnias, supervisa el desarrollo de los acuerdos pactados (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

En materia internacional las consultas deben realizarse bajo unos criterios mínimos clave que guían el proceso, limitan la discrecionalidad del Estado en su realización y tienden a una actuación administrativa transparente de cara a las comunidades étnicas. Estos criterios son los siguientes.

a. El principio de buena fe

Aunque enunciado de manera general en el Convenio 169 (art. 6) y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas y tribales (arts. 19 y 32), el concepto hace referencia al establecimiento de un diálogo genuino, caracterizado por el respeto mutuo y el deseo sincero de llegar a un acuerdo (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, 2005). Significa lo anterior que “debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información y la transparencia entre las partes” (RODRÍGUEZ G., 2014).

El principio de buena fe debe permear tanto de los funcionarios del Estado como a los demás intervinientes interesados en el proceso, en tanto implica un ambiente de confianza, claridad y transparencia entre las partes del proceso, que se genera a partir de la información suministrada a las comunidades en forma previa y de la seguridad de la no intervención deshonestas de las partes.

b. La representatividad

La consulta debe llevarse a cabo con las comunidades afectadas, a través de sus instituciones representativas o con personas que ellas mismas designen, fruto del proceso interno de las comunidades étnicas. Sobre este particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Saramaka v. Surinam*, se pronunció en el sentido que “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”. En este sentido, durante el proceso de consulta resulta imperioso que el Estado reconozca e incorpore a todas las autoridades y los órganos de representación de las comunidades étnicas para que lleguen a una decisión legítima que encarne la voluntad de la comunidad.

Asimismo, la consulta debe hacerse no solo con las autoridades de los pueblos, sino también con la base sociocultural, y no solo se deben tener en cuenta los gobiernos de turno, sino también los *Consejos de Gobierno* o las autoridades tradicionales que pueden conocer de cerca los problemas que aquejan a las comunidades. Si las comunidades están unificadas pueden oponerse a los proyectos estatales que consideran perjudiciales para la pervivencia de sus culturas ancestrales (Consultoría Ambiental y Colectiva, 1999).

c. El procedimiento cultural apropiado

Para lograr una consulta efectiva, el procedimiento debe ajustarse a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, de manera que se respeten sus valores, costumbres y tradiciones –entre lo que se resalta su especial relación con

la tierra y los recursos naturales—, así como los métodos y tiempos propios para la toma de decisiones.

La imposición por parte del Estado de un mecanismo único y homogéneo de consulta a las comunidades étnicas implicaría un desconocimiento del mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural. Asimismo, la necesidad de atender la diversidad desde el procedimiento cultural implica entender la consulta previa como algo que va mucho más allá de un mero trámite formal, esto es, como un verdadero espacio de concertación y diálogo intercultural.

d. El carácter previo e informado

Sobre el carácter previo de la consulta, el Convenio 169 no especifica en qué etapa de la medida legislativa o administrativa debe llevarse a cabo; sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)¹⁴ señala que debe realizarse antes de tomar la decisión. Igualmente, cuando se trate de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, la consulta debe realizarse antes de su aprobación (Convenio n.º 169, 1989). Por su parte, en tratándose de los planes de desarrollo o inversión, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en todas las fases de los planes y programas, de manera previa a su ejecución (Convenio n.º 169, 1989), y no solo “cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007), ya que el carácter previo les proporciona a los pueblos la discusión interna para brindar una adecuada respuesta al Estado; en efecto, de darse con posterioridad a la decisión adoptada por el Estado, la consulta solo buscaría legitimar las medidas ya tomadas, lo que implicaría desnaturalizar el fundamento democrático-incluyente que caracteriza la institución. Así entonces, el carácter previo hace referencia a que la consulta previa debe ser oportuna, es decir, con anterioridad a la adopción de las decisiones administrativas o legislativas del Estado.

No puede entenderse un proceso de participación sin información, debiendo esta ser oportuna, clara, veraz y completa, de tal manera que se tengan los elementos necesarios para la toma de decisiones conscientes (RODRÍGUEZ G., 2014). Por ello, la consulta implica que los grupos étnicos sean informados, como una obligación del Estado para garantizar sus derechos. Es así como se les deberá proporcionar el conocimiento transparente sobre los posibles riesgos, el alcance del proyecto, la duración, los impactos, el procedimiento

14 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), creada en 1926, es un órgano adscrito a la OIT, encargado del examen de las memorias periódicas de los Estados sobre la aplicación en la práctica de los convenios ratificados, por lo cual sus trabajos constituyen piedra angular del sistema de control de la OIT.

para su ejecución, entre otros, lo cual no significa que con la mera provisión de información se entienda que los pueblos han sido consultados.

e. El propósito de llegar a un acuerdo

La consulta no debe entenderse como una simple socialización de información y decisiones que afecten a los pueblos indígenas sin consideración a las opiniones, medidas y soluciones que expongan sus representantes; el objetivo debe ser lograr un acuerdo o el consentimiento en los casos previstos. Por lo tanto, la consulta previa no puede considerarse como meros espacios de información, simples audiencias o una serie de reuniones, sino que el Estado debe esforzarse por desarrollar acciones coordinadas con las comunidades indígenas tendientes a entablar un verdadero diálogo intercultural (RODRÍGUEZ G., 2014).

En fin, cuando el objetivo es contar con el consentimiento de un pueblo indígena, el Estado debe implementar procedimientos para entablar un proceso de diálogo con el propósito de lograr dicho consentimiento. Esto demuestra que la consulta no puede consistir en una mera audiencia informativa, sino que debe buscar el consentimiento en un diálogo de buena fe, con información oportuna y veraz, que permita que el pueblo indígena pueda determinar conscientemente si la propuesta lo beneficiará o, por el contrario, lo perjudicará.

Rechazada la propuesta, debe iniciarse un proceso de negociación para llegar a un acuerdo. No obstante, el Estado tiene la última palabra: en consecuencia, puede tomar la decisión unilateral de proseguir con la medida aún en contra de la posición de las comunidades indígenas que participan en la consulta. No obstante, en dicho escenario la decisión deberá ser debidamente motivada. Por lo tanto, a pesar de la importancia que reviste la institución de la consulta previa para los pueblos indígenas, lo que en ella se establezca no obliga a la autoridad administrativa en la decisión final, lo cual debilita el mecanismo y el interés de las comunidades. Lo anterior, por cuanto no puede concebirse que un segmento de la población vete las políticas de desarrollo del Estado, por lo cual lo que la consulta previa exige a los Estados “es realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de tomas de decisiones” (RODRÍGUEZ G., 2014).

El consentimiento libre, previo e informado encuentra su antecedente más relevante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el referido caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*, en el que señaló que frente a situaciones de almacenamiento de desechos tóxicos, traslado poblacional de grupos indígenas y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas, en donde el impacto es significativo sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Estado tiene la obligación, no solo de

consultar, sino de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En el caso de Colombia, mediante sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional señaló que la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado se traduce en la alternativa menos lesiva cuando existen proyectos con el potencial de amenazar sus condiciones existenciales de vida, entre los que puntualiza tres eventos: el traslado o desplazamiento de las comunidades como consecuencia de la obra o proyecto; el almacenamiento de desechos tóxicos en sus territorios, o el caso de que una obra, proyecto o plan de desarrollo implique un alto impacto social, cultural y ambiental sobre la comunidad, hasta el punto de poner en peligro su supervivencia.

De esta manera, en la sentencia de la referencia la Corte Constitucional estableció unas reglas jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas, en todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda llevarse a cabo en territorios indígenas, sin importar el grado de afectación:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de extenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas, propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Es así como, en sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional hace extensiva la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado a todas las medidas, actividades, obras o proyectos que puedan afectar la supervivencia cultural de una comunidad étnica. Lo anterior, bajo el entendido de que el consentimiento libre, previo e informado constituye la finalidad última de la consulta previa.

Es evidente la confrontación entre dos extremos: de un lado, la consulta previa veto, que se entiende contenida en las disposiciones del Convenio 169,

pero que no es del agrado de la mayoría de los Estados; y de otro lado, la consulta previa mera información, que no estaría conforme con el Convenio 169, pero que en reiteradas ocasiones es practicada en supuesto cumplimiento del mecanismo (RODRÍGUEZ G., 2014). En este escenario, el consentimiento libre, previo e informado permite conciliar los mencionados extremos.

A la luz de lo dicho, en aras de una mayor claridad y síntesis pedagógica, las principales diferencias y similitudes entre los conceptos aludidos de *consulta previa* y *consentimiento libre, previo e informado* abordados durante el presente artículo se compendian en el cuadro que sigue.

Cuadro 1

Diferencias y similitudes entre consulta previa y consentimiento previo

	CONSULTA PREVIA	CONSENTIMIENTO PREVIO
Concepto	Obligación del Estado de realizar procesos de diálogo con los pueblos indígenas sobre medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar, previo a su adopción.	El Estado está obligado no solo a consultar, sino también a perseguir la aprobación de los pueblos indígenas, para la adopción de las medidas.
Objetivo	Llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas y obtener su consentimiento.	Garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
Participantes	Representantes del Estado y de las organizaciones indígenas.	Representantes del Estado y de las organizaciones indígenas.
Presupuestos	Buena fe, previa, informada, con procedimiento apropiado.	Buena fe, previo, informado, con procedimiento apropiado.
Casos o materia	Medidas legislativas o administrativas, traslados poblacionales, actividades militares, megaproyectos, almacenamiento o disposición de materiales peligrosos, medidas de salvaguarda.	Cualquier medida que afecte directa o indirectamente a una comunidad étnica.
Decisiones	El Estado queda vinculado si se llega a un acuerdo. En caso contrario tiene la facultad de decidir, pero motivando su acto y garantizando los derechos de los pueblos que se puedan ver afectados.	El Estado solo puede tomar la decisión si logra el consentimiento de la comunidad.

En la actualidad la pretensión reivindicatoria de los pueblos indígenas está encaminada a que no solo se tengan en cuenta sus opiniones a través de la consulta, sino a que este sea un requisito para obtener el consentimiento de los pueblos antes de tomar una decisión; incluso con la opción de vetarla, y de que, en consecuencia, no se pueda implementar sin la aprobación de la comunidad interesada, esto por encontrarse en juego el presente y futuro de un pueblo que tiene derecho a autodeterminarse, a participar y a defender su existencia física y cultural.

Los pueblos indígenas han expresado su inquietud respecto a no poder vetar políticas de desarrollo que a su juicio afectan sus derechos o intereses. El Convenio no contempla el derecho al veto por parte de los pueblos indígenas, posición que reafirma en su Guía de Aplicación, al señalar que “ninguna persona o grupo tiene el derecho de vetar las políticas de desarrollo de su país”; sin embargo, exige a los Estados realizar “verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones”, y les impone la obligación de “crear condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo” (Guía para la aplicación al Convenio n.º 169 de la OIT, 1996). En definitiva, pese al valor que tiene para los pueblos indígenas la consulta previa, lo que estos decidan no obliga al Estado en la decisión final, dejando un margen para la vulneración de los derechos fundamentales que se pretende proteger.

Por su parte, la Corte Constitucional resalta que el consentimiento libre, previo e informado se traduce en un espacio de disertación, en donde las partes (Estado y comunidades) puedan explicar tanto cuáles son los propósitos de la obra como también cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma, y ello no solo de forma previa, sino durante y después de la implementación; de otra parte, se fijan los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo, para llegar a una decisión fundamentada e incluyente, pero no se contempla un poder de veto (T-129, 2011).

Ahora bien, bajo el concepto de consentimiento previo, libre e informado debe evitarse en lo posible tomar decisiones que afecten las aspiraciones de los pueblos indígenas, dándole alcance al artículo 7.3 del Convenio, el cual señala que “los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”; pero si no hay acuerdo, se reitera, no significa que los Estados no puedan llevar a cabo sus propósitos.

Asimismo, habrá que tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento libre, previo e informado no es eximente de responsabilidad del Estado o los particulares cuando quiera que en el desarrollo y ejecución de la medida administrativa se transgredan derechos de las comunidades étnicas.

El criterio de conciliación entre los derechos a la consulta y el consentimiento expuesto por la Corte Constitucional depende del grado de afectación a los grupos étnicos, llevando a adoptar la medida menos lesiva, en aras de asegurar la protección de las comunidades étnicas; por lo tanto, en los casos que han sido objeto de revisión por parte de la Corte, esta ha dejado claro que el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento no debe verse como un obstáculo, sino como la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro.

CONCLUSIONES

El Estado actual de la normatividad en cuanto al derecho a la consulta previa de comunidades indígenas ha recorrido un largo camino desde la firma del Convenio 169 de la OIT, impulsado por los movimientos y organizaciones indígenas que han logrado dar mayor extensión y profundidad a los instrumentos jurídicos que operan en salvaguarda de su diversidad cultural.

Fue así como se pasó del mero reconocimiento de sus derechos a la garantía para hacerlos efectivos por medio de la implementación de procedimientos culturales adecuados, con información oportuna y cierta que permita un conocimiento transparente sobre los impactos que potencialmente se podrían generar en sus territorios, y la adopción de decisiones producto de acercamientos y disertaciones entre el Estado y las comunidades.

La forma en que el Estado colombiano ha evolucionado en cuanto a este proceso ha sido similar, pasando de una concepción restrictiva de la aplicación del derecho a la consulta previa, a una concepción extensiva que evoluciona hacia el consentimiento libre, previo e informado, el cual abarca cualquier medida estatal susceptible de afectar a las comunidades étnicas, e implica que el Estado debe buscar el consentimiento en un diálogo intercultural genuino de buena fe, con información oportuna y veraz que permita que el grupo étnico sea consciente del alcance de las medidas que se pretende adoptar, y que desde ahí pueda determinar si se beneficiará o, por el contrario, se perjudicará con ellas. Dicha evolución se ha logrado, en gran medida, gracias al rol activo de la Corte Constitucional en la protección y garantía de los derechos de las comunidades étnicas.

Ahora bien, la jurisprudencia sentada por la Corte, respecto a la extensión de la consulta previa, aunado a la eficacia pretendida por la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, dificulta la consideración respecto al poder de veto que eventualmente podría adjudicarse a dicho mecanismo: si toda decisión que de un modo u otro involucre los intereses de minorías étnicas pudiera ser rechazada, el Estado vería seriamente limitada su esfera de acción, con las implicaciones que esto representa respecto a la salvaguarda del interés general, dando lugar a conflictos entre las minorías y la sociedad mayoritaria, que podrían llevar a movimientos regresivos en cuanto a los derechos de aquellas, sea por vías de hecho o de derecho. También es cierto que la consulta previa sin opción de veto es un mecanismo que se queda corto para la protección de los derechos de las comunidades étnicas, pues si bien la Corte estableció requisitos objetivos con respecto a cómo debe ser surtida, en últimas sigue siendo una consulta no vinculante, por lo que el Estado puede proseguir con sus proyectos pese a las negativas indígenas, poniendo en riesgo la supervivencia de una cultura ancestral, componente del Estado pluralista.

En todo caso, a partir de las pautas jurisprudenciales es posible concluir que para lograr una consulta idónea debe procurarse que se realice con anterioridad a la adopción de cualquier decisión y que el proceso de consulta sea orientado en todo momento por los principios de buena fe, información oportuna y veraz, y diálogo intercultural. De esta forma, cuando la consulta se realiza bajo los presupuestos señalados puede esta concebirse como un verdadero diálogo inclusivo, constructivo, democrático e intercultural.

Finalmente, se requiere voluntad de los sectores políticos para normativizar adecuadamente el derecho fundamental a la consulta previa, lo cual se traduce en la adopción de medidas legislativas y reglamentarias acordes con los estándares previstos en el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional, así como la implementación de políticas públicas tendientes a la instrucción de los funcionarios en la cultura jurídica de la consulta previa, la participación política de las minorías étnicas y la conservación de la diversidad cultural del Estado colombiano. Lo anterior, a través de la expedición de una ley estatutaria que materialice las garantías *iusfundamentales* de que son titulares las comunidades étnicas, que consulte debidamente a las grupos étnicos y que cuente con un control previo de la Corte Constitucional que como legítimo intérprete de la Constitución haga una revisión profunda de su compatibilidad de la normativa con la Carta Política y los compromisos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- CONVENIO OIT 169 (1989). *Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.
- GAITÁN GARCÍA, O. L. (2012). *El derecho fundamental a la consulta previa*. Bogotá, Colombia: Kimpres Ltda.
- GUÍA PARA LA APLICACIÓN AL CONVENIO N.º 169 DE LA OIT (1996). Organización Internacional del Trabajo.
- INFORME ESPECIAL CONSULTA PREVIA, d. f. (2011). *Noticias Aliadas*. Recuperado el 5 de octubre de 2011, de www.noticiasaliadas.org: <http://www.noticiasaliadas.org/informes.asp?inf=14>
- MEMORIAS TALLER DE CONSULTA PREVIA (1999).
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (2009). *La consulta previa a grupos étnicos en Colombia* (vol. 1). Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- MORALES ALZATE, J. J. (2014). *La consulta previa: un derecho fundamental* (2.ª ed.). Bogotá: Doctrina y Ley.
- NACIONES UNIDAS (2007). *Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas*.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1957).

OBSERVACIONES INDIVIDUALES SOBRE EL CONVENIO 169, Argentina (2005).

OBSERVACIÓN INDIVIDUAL SOBRE EL CONVENIO 169, Bolivia (2005).

RODRÍGUEZ, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez S.A.S.

RODRÍGUEZ, G. A. (2005). *La consulta previa a pueblos indígenas*. En Universidad del Rosario, *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*. Universidad del Rosario.

Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Sentencia C-030 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C-030 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C-169 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-175 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia SU-039 (Corte Constitucional 1997).

Sentencia SU-383 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia T-403 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia T-129 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia T-769 (Corte Constitucional 2009).

WILHELMI, M. A. (2011). *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio*. España: Icaria.